dan ook bepalen of sommige korting of prijsverminderingen die door de principaal werden toegestaan al of niet in aanmerking komen.

§ 7. — Andere problemen

Andere voorwaarden zoals de verplichting voor de agent om aan de cliëntèle de algemene verkoopvoorwaarden van de fabrikant mede te delen, de verplichting voor de agent om een minimum zakenciijfer te realiseren, de verplichting tot niet-mededinging, het recht of de verplichting van de agent om een stock aan te houden van wisselstukken en het lot van deze stock bij het einde van het contract, moeten op volledige wijze in het contract zelf worden bepaald.

V. — Besluit

Het wetsontwerp brengt een aantal preciseringen i.v.m. een aantal deelgebieden van de agentuurovereenkomst maar laat andere terreinen braak.

In meerdere gevallen zullen de rechthoven de spelregels nader bepalen.

L'ENTREPRISE PUBLIQUE
A-T-ELLE UN AVENIR?

PAR

YVES POULLET

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
DIRECTEUR DU CRID DES FACULTÉS UNIVERSITAIRES
NOTRE-DAME DE LA PAIX DE NAMUR

INTRODUCTION (*) (**)  

1. — Modèle largement évoqué dans chacun des pays développés, la « privatisation » est également à la mode en Belgique. Le terme, pris dans son sens large, désigne un « large éventail de mesures de réforme destinées à soumettre l’activité administrative aux lois du marché » (1).

D’aucuns y voient la solution tantôt à la lancinante question de notre dette publique, tantôt à l’inefficacité et à la politisation de nos entreprises publiques, tantôt à l’extension abusive des monopoles étatiques, tantôt enfin à la nécessité d’obtenir, pour certaines de nos entreprises publiques, une dimension concurrentielle sur le marché européen (2).

La loi elle-même ne la consacre-t-elle pas ! Au niveau fédéral, la privatisation au moins partielle est rendue possible pour certains services publics par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques (3) et du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du cré-

(*) L’auteur tient à remercier MM. Pol Deboeck (avocat), Robert Queck (expert à la Commission des Communautés Européennes, maître de conférences FUNDP) et François Van der Meerbrugge (assistant à la Faculté de Droit de Namur) pour leurs précieux conseils.

(**) Le lecteur voudra bien se reporter aux références complètes des ouvrages tilles qui figurent à la bibliographie.


(2) Sur ce point, la remarquable synthèse de R. Deheler, Privatisation : questions sur un discours en vogue, texte à paraître.

dit (4). Les régions adoptent la même tendance : ainsi on évoque notamment l'ordonnance bruxelloise du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale (5) et les Communautés flamande et française s'apprêtent à suivre le même exemple au moment où se multiplient les projets de réforme du statut de nos organes de radio et télédiffusion (6).

Partout dans le monde, affirmait avec humour le rapport introductif du dernier congrès des économistes belges de langue française, "... le marché semble être considéré comme le plus mauvais mode d'organisation de l'économie, à part tous les autres" (7). Confrontée à une logique de marché, progressivement réduite comme une "peau de chagrin" (8) par les autorités communautaires, l'entreprise publique a-t-elle encore un avenir ? Y compris à propos de l'exercice des fonctions collectives, l'entreprise privée n'est-elle pas plus efficace ?

Ce n'est pas au juriste de résoudre le problème. Chacun se plaît à rappeler que le choix procède en définitive d'une option politique dont il faut souhaiter qu'elle se prenne en dehors de toute idéologie et soit guidé par le seul souci de mieux servir l'intérêt général.

2. — Ceci dit, le juriste peut apporter au débat quelque clarté, analysant des concepts trop souvent confondus et, dès lors, assignant aux questions de la privatisation et, à l'inverse, du maintien de l'entreprise publique, leur véritable dimension !

Trop de confusions (9) existent à cet égard : le terme "privatisation" ne peut être utilisé en des sens divers ; la notion d'entreprise publique recouvre une réalité multiforme parfois bien éloignée de celle de service public ; cette dernière notion elle-

mêmes semble échapper entre un pôle fonctionnel et un pôle organique. Enfin, apparaît progressivement un nouveau concept : celui de service universel, conçu aux États-Unis et repris par la réglementation européenne, il introduit un élément nouveau dans le débat.

3. — La réglementation des télécommunications servira d'exemple à notre réflexion. La justification de ce choix est triple :

1° l'histoire de la réglementation belge de ce secteur montre à suffisance que la notion de service public ne s'est pas toujours identifiée avec celle d'entreprise publique : en d'autres termes que le service public a d'abord été pris en charge par le secteur privé ;

2° l'importance économique du développement de ce secteur pour l'ensemble de notre économie conduit à lui accorder une importance particulière ;

3° le domaine des télécommunications a été le premier à faire l'objet d'une réflexion sur les notions déjà évoquées non seulement aux États-Unis mais également chez nos voisins et au plan européen ; les concepts développés dans le cadre des réglementations à ce propos sont progressivement repris dans d'autres secteurs d'intérêt général : ainsi le secteur du crédit, les transports publics, l'électricité et le gaz.

Précisons enfin, les étapes du raisonnement : le rappel de l'histoire de la réglementation des télécoms servira de préambule à notre réflexion. L'analyse des multiples sens du terme "privatisation" (I) contrepose à celle des termes "entreprise publique", "service public" et "service universel" (II), nous amènera ensuite à envisager l'entreprise publique comme une des formes non nécessaire et non suffisante de l'intervention de l'État, en même temps qu'elle dégage le principe de sa pérennité (conclusions).

PRÉAMBULE : LA RÉGLEMENTATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS AU FIL DU TEMPS

4. — L'apparition du téléphone en Belgique a plus d'un siècle. Déjà en 1878, les premières expériences furent réalisées
à Anvers. Dans un premier temps, des réseaux urbains furent installés dans les grandes villes par des sociétés jouissant d'une concession.

Ces concessions furent décidées dans le cadre de la loi du 11 juin 1883 sur l’établissement et l’exploitation de réseaux téléphoniques dont nul ne contestait le caractère de service public. À ce propos, on note la discussion parlementaire lors des travaux préparatoires (10), discussion rapportée en ces termes par Flamme : la question était : « de savoir si l’établissement et l’exploitation de réseaux téléphoniques sont bien matière à concession et si l’un et l’autre ne rentrent pas plutôt dans la généralité des branches de l’activité humaine, laissées à l’initiative des citoyens, dégagées de toute entrave … C’est là, en somme, une question préalable opposée au projet de loi. Le gouvernement fit à ces questions la réponse que voici : le projet de loi considère le téléphone comme constituant un service public analogue au service des postes et télégraphes » (11). Ainsi, d’emblée, est affirmé le principe suivant lequel le service public, qui représente incontestablement l’accès aux services de télécommunications, peut être le fait d’une entreprise privée.


titre au visa de la Cour des Comptes et au vote du Parlement (14). Les inconvénients de cette situation étaient évidents : la gestion du service manquait de souplesse et l’absence de comptabilité propre ne permettait de déterminer ni le coût de revient, ni la rentabilité du service. Par contre, les besoins du public en téléphonie ne cessaient de croître, et de nouveaux investissements importants s’imposaient. La situation des finances de l’État ne permettant toutefois pas d’y procéder, l’idée fut adoptée de créer une régie autonome, disposant d’un patrimoine propre et capable de s’autofinancer, notamment par la voie de l’emprunt (15).

6. — Plus proche de nous, l’article 1 de la loi du 7 décembre 1984 (16), en permettant à la R.T.T d’être un véritable holding public, autorisait cette dernière à décentraliser ses activités, en particulier par la constitution de sociétés d’économie mixte y compris pour la gestion de son infrastructure à la condition dans ce dernier cas que la participation de la Régie fut majoritaire.

7. — Enfin, suite aux mutations technologiques, en particulier la convergence de l’informatique et des télécommunications, étant donné l’importance croissante des télécommunications pour l’économie, et vu la multiplication des interventions des Communautés européennes afin de limiter les monopoles de l’État et de liberaliser le marché, une réorganisation des télécommunications en Belgique dans la perspective d’une plus

(11) M.A. Flamme, op. cit., p. 45.
(12) Projet qui devient la loi du 19 juillet 1930.
(13) Document parlementaire no 172, Sénat, seance du 11 juin 1939. Le même document révèle qu’il n’y eu aucune discussion sérieuse sur la possibilité de confier à une
grandes libéralisations s'imposent. La loi du 21 mars 1991 s'attelle à cette tâche par la modification ou l'abrogation des lois du 19 juillet et du 13 octobre 1930 en suivant un certain nombre de lignes de force. La réforme vise d'abord, à travers la création de la catégorie des EPA, « l'amélioration de l'efficience et de l'efficacité des entreprises publiques et ceci au moyen de leur responsabilisation ». Ainsi dans le domaine des télécommunications, Belgacom disposera, suite à son classement en EPA, d'authentiques organes de gestion et d'une autonomie de gestion, pourra se transformer en société anonyme, aura plus facilement accès aux marchés de capitaux et pourra mettre en œuvre diverses modalités de coopération… La réforme de 1991 entend donc réaliser un « desserrément de l'étroitesse de l'entremise sur les entreprises publiques concernées », ce qui conduit, en ce qui concerne l'organisation de ces entreprises à une « dérégulation » ou à une « déséminémentation du secteur public économique ». La volonté de réaliser une séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, afin d'éviter des abus de puissance économique de la part de l'exploitant public, constitue un deuxième ligne de force qui, elle, concerne plus spécifiquement les secteurs des postes et des télécommunications. C'est ainsi que la fonction de réglementation sera assurée par le Ministre ou Secrétaire d'État compétent en la matière, assisté de l'Institut belge des Postes et des télécommunications (IBPT) qui disposera par ailleurs de compétences réglementaires propres. Par conséquent, la Poste et Belgacom n'auront plus qu'une fonction d'exploitant.

Une autre ligne de force réside dans une volonté d'institutionnalisation des rapports existant entre, d'un côté, Belgacom ou la Poste et, de l'autre, tous les milieux concernés. Cette institutionnalisation s'opère à la fois par la création de comités consultatifs au sein de l'IBPT et plus spécifiquement, en cas de plaintes des utilisateurs à l'encontre des EPA, par la mise sur pied d'un service de médiation au sein de chaque EPA.

8. — Ce rappel historique a pour objectif de témoigner du caractère discutable de l'assimilation des termes « service public » et « organisme public », de rappeler que des solutions de privatisation partielle ou totale ont pu être proposées comme alternative sérieuse pour assurer la gestion du service public et enfin, de faire ressortir que la recherche d'une autonomie croissante des moyens financiers, d'abord, de la gestion, ensuite, de l'entreprise publique par rapport à l'Administration étatique constitue depuis 1930 le fil rouge des réformes légales entreprises (17).

9. — « Le mot 'privatisation' », écrit Delion (18), recouvre quatre sortes de mesures :
— le transfert d'entreprises publiques au secteur privé, que désigne stricto sensu le terme 'privatisation' ;
— la réduction des règles publiques concernant les conditions d'exercice de certaines activités privées, ce qui est proprement la déséminémentation ('deregulation') ;
— l'ouverture à des particuliers d'activités réservées auparavant à des autorités publiques, c'est-à-dire la libéralisation (19) catégorie à laquelle on applique aussi souvent l'expression de déséminémentation dans la mesure où elle résulte de l'élimination de limites réglementaires au domaine des activités privées ;
— l'introduction d'objectifs, de méthodes ou de critères de gestion du secteur privé dans le secteur public : il ne s'agit pas seulement d'emprunts destinés à améliorer le fonctionnement, mais de changements qui peuvent toucher même les finalités…».

A ces quatre sens du mot « privatisation », certains auteurs, en particulier américains (20), en ajoutent encore un cinquième, voire un sixième : la privatisation désigne également

(19) Nous ajoutons.
l'appel plus systématique à des soustraitants pour la fourniture de produits ou services à l'Administration, voir le recours à des sociétés commerciales ou à des associations privées pour administrer des programmes officiels.

De telles distinctions réservent au terme « privatisation » un sens précis : celui de la cession d'actifs ou de participations appartenant à l'État (21). La motivation de telles cessions peut obéir tantôt à des impératifs budgétaires, tantôt à la volonté de substituer un mode de gestion privée à la gestion publique (ou, en tout cas, en cas de privatisation partielle d'entreprise à la volonté d'améliorer la gestion de l'entreprise publique), tantôt au désir de renforcer le know how de l'entreprise par des apports nouveaux, tantôt enfin à « obliger l'État à ne plus utiliser exagérément des entreprises publiques au profit d'objectifs politiques ou sociaux et à respecter les nécessités de la compétition économique » (22). Si chacun de ces objectifs peut être envisagé séparément ou cumulativement lors d'une privatisation, cette mesure ne constitue pas forcément un passage obligé pour l'obtention de tels objectifs.

10. — L'examen de la réglementation du 21 mars 1991 en témoigne à suffisance. L'objectif principal de la réforme était en effet double : assurer la compétitivité des entreprises publiques dans leurs activités en concurrence et améliorer les conditions dans lesquelles elles exercent leur mission de service public (23). La satisfaction de ces objectifs est obtenue tant par « un désengagement de l'échelle étatique » (24) en accordant aux entreprises une plus grande autonomie (en particulier de gestion et les affranchir ainsi de diverses contraintes en matière de gestion financière, de marchés publics, de création de filiales ou de prises de participation, ou encore de gestion du personnel) que par l'ouverture du domaine concurrentiel de l'activité des entreprises qui restent cependant publiques. Il s'agit par là d'améliorer la compétitivité de ces entreprises et être plus sensiblement élevé pour la communauté (25).

Ainsi, il est question plus de « privatiser » le mode de gestion de l'entreprise que sa propriété, la privatisation au sens strict n'étant prévue qu'en dernier ressort (26) : « les entreprises publiques, note l'accord gouvernemental du 10 mars 1988, doivent acquérir plus d'autonomie mais on ne pourra faire appel aux capitaux privés qu'en dernier ressort ... ».

Les articles 37 et suivants de la loi du 21 mars 1991 qui, précisément à propos de la transformation des entreprises publiques autonomes en société anonyme du droit public auto- risent la souscription par le privé d'actions nouvelles, illustrent bien le caractère exceptionnel d'une privatisation qui ne pourra jamais être qu'une privatisation partielle :

1o la décision de transformation, condition préalable à cette privatisation, doit être dûment motivée soit par « un besoin réel d'accroissement des fonds propres de l'entreprise publique », soit par la « nécessité d'avoir accès à un savoir faire industriel ou commercial » (27) ;

2o la transformation et les statuts en résultant devront être approuvés par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres (28) ;

3o toute émission de nouvelles actions doit faire l'objet d'une autorisation préalable du Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, la souscription de ces nouvelles actions par le capital privé est soumise à une double limite (29) : les autorités publiques maintiennent une participation de 50 % qui leur donne droit à plus de 25 % des voix et des mandats dans tous les organes de l'entreprise (30).

Des limites comparables existent à propos de la création de filiales mixtes gerant un service public conformément aux articles 13 et suivants (31).

Les travaux préparatoires justifient comme suit de telles limites à la privatisation, en particulier le désengagement au

(21) À ce propos, parmi beaucoup d'autres, H. de la Guèze, op. cit., p. 41.
(22) A. Delon, op. cit., p. 75.
(27) Exp. motifs, op. cit., p. 34.
(28) Article 38, § 1er de la loi.
(29) Article 40 de la loi.
(30) Articles 49, 41 et 5 de la loi.
(31) Sur tous ces points, Y. Pouillet, op. cit.
droit commun de la cessibilité des titres. « L’accent a été placé sur la protection de l’exercice des missions de service public qui justifie que la puissance publique écarte les règles normales du droit des sociétés étrangères à cette conception. La prééminence de la volonté des actionnaires... est jugée en tant que telle incompatible avec les exigences de l’éthique du service public » (32).

11. — De ces premières réflexions, on peut conclure que la loi du 21 mars 1991 consacre non la privatisation de certains organismes d’intérêt public mais bien, selon la terminologie de de Ru et Wettenhall (33), à la fois leur sociétisation, c’est-à-dire le « transfert d’entreprises ou d’activités de l’administration vers des sociétés constituées restant néanmoins publiques qui ont généralement le statut d’entreprises publiques ou d’entreprises d’État » et leur commercialisation, c’est-à-dire la possibilité pour ces entreprises d’appliquer « des règles commerciales en tant qu’objectifs fondamentaux de leur action ».

En d’autres termes, la loi du 21 mars 1991 ne remet pas en cause une équation suivant laquelle à un service public doit correspondre l’exploitation par une entreprise publique. L’équation « service public — entreprise publique » est-elle inéluctable ? Pour résoudre cette question, il importe de bien analyser les deux termes de l’équation et de dénoncer l’ambiguïté de leur signification respective. C’est à cette condition que nous pourrons proposer quelques réflexions en réponse à la question : « L’entreprise publique est-elle la plus apte à remplir les conditions que lui impose le service public ? » (34).

12. — SERVICE PUBLIC ET ENTREPRISE PUBLIQUE : UNE ÉQUATION À DEUX INCONNUES

Il est significatif de constater, écrit Quertaismont (35), que Buttenbach estimait que les deux notions,

(34) C’est la question que pose le rapport de la Commission européenne des entreprises publiques, op. cit., p. 11.
(35) Ph. Quertaismont, « Les objectifs de la loi du 21 mars 1991 », in Les entreprises publiques autonomes, op. cit., p. 73; sur cette assimilation, cf. également, D. Diron, Le service public et service public, étaient inextricable, une entreprise publique gérant, selon lui, automatiquement un service public. Il ajoutait (36) : « En matière d’interventionnisme public économique, le recours à la notion de service public était surtout commode parce qu’il permettait dans un état d’inspiration libérale, de légitimer la prise en charge par les pouvoirs publics de certaines activités industrielles ou commerciales qui auraient dû en principe être assumées par l’initiative privée ».

L’assimilation des notions d’entreprise publique et de service public fait l’objet d’une contestation croissante et ce pour quatre raisons :

— premièrement, l’interventionnisme public belge, par prise de contrôle d’activités industrielles, financières ou commerciales, déborde de loin le domaine du service public ; toute entreprise publique ne dessert pas nécessairement un service public (§ 1) ;

— deuxièmement, à l’inverse, un service public peut être assuré par des entreprises privées et le domaine d’activités des entreprises publiques desservant un service public peut être plus large que les activités relevant directement de ce service public (§ 2) ;

— troisièmement, la qualité de service public fonctionnel entraîne certaines conséquences dont la signification peut varier suivant le statut de l’organe qui prend en charge ce service public (§ 3) ;

— quatrièmement, et de façon plus essentielle, la mise en évidence de la notion de service public fonctionnel mais plus encore celle de service universel, notion américaine mais reprise en Europe, conduit à une remise en cause plus fondamentale encore de l’équation proposée (§ 4).

Revenons sur chacune de ses raisons.
§ 1er. — La notion d'entreprise publique et le service public

13. — Suivie par la doctrine belge (37), la Commission des Communautés européennes définit ainsi la notion : « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent » (38).

Analysons une telle définition. Stassen et Herriaut (39) constatent que les notions d' « entreprise publique » et de « service public » ne se recouvrent pas. « La première notion ayant son fondement dans une notion économique, la production et la distribution de biens ou de services et, la seconde, se situant dans une autre dimension, c'est-à-dire assurer à la collectivité un service dans un régime de droit public, il convient d’opérer une distinction entre :

— d'une part, les entreprises chargées d'un service public ;

— d'autre part, les entreprises publiques qui, quoique exerçant leur activité dans l'intérêt de la collectivité, fonctionnent en dehors de toute notion de service public (40) ».

C'est à cette seconde catégorie que se rattachent les entreprises régies par la loi du 2 avril 1962 sur l'initiative industrielle publique. Comme le note D. Déom (41), « deux éléments principaux font défaut à cet égard : d'une part, l'on ne rencontre dans le droit positif régissant ces entreprises que fort peu d'éléments permettant de parler d'un 'régime juridique spécial' : c'est au contraire leur assujettissement au droit commun qui est frappant. D'autre part, et peut être plus fondamentalement, la raison d'être de l'intervention publique dans ces entreprises n'est pas le souci d'assurer un service déterminé au public ».


(40) Ph. Quillainmont, Droit administratif de l'économie, Bruxelles, Stroy Scientia, 1966, p. 72.

(41) D. Déom, op. cit., [1991], n° 80, p. 139.

14. — Ainsi, la première catégorie d'entreprises publiques répond à deux critères : le « régime juridique » spécial et le service déterminé (42) au public. Sans doute serait-il plus exact de renverser l'ordre de présentation des critères. En effet, c'est dans la mesure où les gouvernants jugent nécessaire la prise en charge par eux d'activités jugées essentielles pour le bien-être de la population (sans que celui-ci puisse être atteint par le libre jeu du marché) qu'ils estiment que la responsabilité publique doit être engagée par la création d'un organe propre pour l'obtention de telle fin et que cet organe et ces activités seront soumis à des contraintes particulières (43). On retrouve là la notion de service public organique « le service public est un organisme créé par les gouvernants, c'est-à-dire par les pouvoirs publics et soumis à leur haute direction aux fins d'assurer la satisfaction d'un ou de plusieurs besoins collectifs » (44).

Si incontestablement, la création et l'organisation de certaines entreprises sous le contrôle de l'État s'expliquent totalement ou partiellement par le service public qu'elles ont pour tâche d'exécuter, il ne peut être question d'en conclure que le domaine d'activités de ces entreprises épuise les multiples facettes que peut prendre dans une société le service public.

15. — En d'autres termes, la volonté de la puissance publique de veiller aux besoins généraux de la collectivité ne se
Nous répondrons à chacune de ces deux questions.

§ 2. — La notion de service public et l’entreprise publique

16. — Notre premier point entendait démontrer que toute entreprise publique n’accompagnait pas un service public et que l’entreprise publique n’était qu’un moyen de réaliser le service public.

Le second point permet d’aller plus loin encore dans la dissociation des notions d’entreprise publique et de service public. Il s’agit, premièrement, de reconnaître que le service public peut être opéré par des entreprises privées (a) et, secondement, que l’entreprise publique ayant une mission de service public n’est pas nécessairement limitée à cette seule fonction (b). La mise en évidence de la notion de service public fonctionnel en dehors de l’environnement juridique particulier tient par les principes même de la théorie du service public que nous aborderons au § 3.

a) La gestion privée du service public

17. — Herrnert (49) résume comme suit les diverses options offertes à l’autorité publique dans le mode de gestion du service public : « Confrontés à un besoin collectif (exemples : aide médicale urgente, octroi de prestations sociales, protection de la santé des travailleurs, etc.), qu’ils estiment devoir satisfaire, les pouvoirs publics peuvent adopter différentes attitudes : 

— soit ils décident de prendre eux-mêmes en charge l’activité considérée ; ils gèrent alors le service en règle (exemples : les services à gestion séparée, les entreprises d’État) ;

— soit ils décident de créer unilatéralement une personne juridique distincte à laquelle ils confient l’activité en cause dans le cadre de la décentralisation par service (c’est ici dans le cadre de la décentralisation par service que nous rangerez les administrations personnalisées et les établissements publics) ;

(49) M. Herrnert, « Les ASBL et la gestion privée des services publics », op. cit., p. 303.
soit ils s’associent avec d’autres pouvoirs publics ou des particuliers pour gérer en commun l’activité, étant entendu qu’ils doivent, à tout moment, disposer dans ces organismes d’une position dominante ;

dernière éventualité : les pouvoirs publics créent le service ou érigent une activité privée en service public mais ils n’entendent pas en assurer eux-mêmes la gestion : ils ne créent pas non plus ni ne participent à la création de l’organisme chargé de remplir cette mission mais s’en remettent sur ce plan aux personnes privées qu’ils agréent généralement à cette fin.

C’est en réalité au législateur (ou à l’exécutif, en vertu de la loi) que revient la faculté d’opter librement pour l’un ou l’autre choix et ce, au mieux des intérêts dont il a la charge ».

Dans le domaine des activités économiques, la figure de la gestion privée du service public est loin d’être exceptionnelle (50). Dans le domaine des télécommunications, on cite les concessions prévues par l’Arrêté royal du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de distributions d’émissions de radiodiffusions aux habitations de tiers. Plus proche de nous, la loi du 21 mars 1991 prévoit en son article 89, § 2, que le service public de commutation de données pourra faire l’objet de concessions sur base d’un cahier des charges. Ainsi, un service public de télécommunications échappe au monopole de l’entreprise publique et est susceptible d’être exercé en concurrence par les entreprises privées et l’entreprise publique.

b) La nature dualiste possible de l’entreprise publique selon la loi du 21 mars 1991


(50) Ainsi, se multiplient les cas d’application de la forme juridique de la concession dont la nature juridique a été étudiée par ORIANNE chêne-crier.

installations de télécommunications accessibles au public et situées dans le domaine public. Elles sont accordées en concession exclusive à Belgacom en vertu de l'article 84. Ainsi, pour Belgacom, «mission de service public» et «activités en concession exclusive» sont synonymes (56).

Limitier le champ d'application des droits exclusifs aux missions de service public est une approche qui rappelle celle de l'article 90 du Traité de Rome et sa jurisprudence (57). Le régime dérogatoire du droit commun est en effet réservé aux seules activités relevant des missions de service public de l'entreprise. Mais ceci ne vaut que dans la seule mesure où la dérogation est indispensable au bon accomplissement de ces missions d'intérêt général (58).

Précisément, la reconnaissance de ces missions d'intérêt général au sein ou en dehors de l'entreprise publique justifie l'application de règles particulières.

§ 3. — Le régime juridique du service public

19. — Nul ne conteste l'application des trois lois générales du service public à toute entreprise opérant un téléservice. Ces lois «constituent le minimum du régime juridique spécial applicable à tout service public» (59). L'application de ces principes prend cependant des formes différentes selon la manière dont l’autorité a organisé la prise en charge de ce service public. Suivant le degré d’autonomie conféré à l’entreprise, les lois du changement, de l’égalité et de la continuité se formulent différemment et leur respect est assuré de manière diverse.

(56) Sous réserve de ce qui a été dit à propos du service de commutation de données.

(57) Voir à ce propos, l’op. cit. P. Van Gruuthuysen, «La notion d’entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l’article 90 du traité CEE, Inter-


a) La loi du changement

20. — Traditionnellement, la loi du changement a été comprise comme la possibilité pour l’Etat de modifier à tout moment l’organisation institutionnelle opérant le service public (60). Ce n’est que récemment que la signification plus fonctionnelle de la loi du changement a été mise en lumière : il s’agit de permettre aux autorités de modifier le contenu même du service offert (61), par modification unilatérale du chiffre des coûts dans le cas de concession (62) ou par décision de l’autorité publique compétente dans le cas d’une Régie ou d’une administration (63).

La loi du 21 mars 1991 offre une solution négociée. Les tâches de service public sont définies par le contrat de gestion et peuvent être réévaluées ou adaptées dans le cadre de la procédure de négociation prévue aux articles 4 et 5 de la loi (64). Ainsi, le changement n’est plus décidé unilatéralement mais suit à l’accord du gouvernement et de l’entreprise opérant le service public. Cette solution introduit dans l’application de cette première loi du service public un maximum de souplesse. Il s’agit de permettre à l’entreprise de s’adapter aux circonstances du marché et à son environnement concurrentiel et à l’Etat d’adapter de façon continue le service public à l’évolution technologique et aux besoins de la clientèle (65). Ce souci


(61) Sur cette modification, voir M. A. Blanque, op. cit., p. 47. Selon Buttkersbach (op.

(62) C. Ibid, op. cit. n° 611, la loi du changement implique que l’autorité publique garde un contrôle.


(64) Sur cette procédure, Y. Poulet, R. Queck, B. Vereker, «La réglementation des télécommunications», Droit du J.T., à paraître.

(65) Certains pourraient s’interroger du fait que l’Etat ne puisse imposer de par sa seule
Il s’agira pour des entreprises privées chargées d’une concè-
sion de service public tantôt de ne pouvoir résoudre leur conces-
sion que moyennant un long préavis, tantôt de la reprise auto-
motique des activités par un autre concessionnaire, tantôt, 
car en c’est le cas pour les télédistributions (69), de l’interdi-
sion de cessation de l’exploitation jusqu’à l’arrivée du terme.

Dans le cadre de la loi de 1991, de nombreuses dispositions 
prétendent garantir la continuité du service public selon l’ar-
ticle 8, l’entreprise bénéficie de l’immunité d’exécution pour 
les biens entièrement ou partiellement affectés à la mise en 
obtention de ses tâches de service public. Quant à la filialisa-
tion des activités de service public, elle est réglementée par l’ar-
ticle 13 (exigence d’une participation majoritaire des autorités 
publiques, responsabilité solidaire de la filiale et de l’entreprise 
publique autonome vis-à-vis de l’exécution de telles activi-
tés) (70) de façon à assurer et garantir la permanence du ser-
vice public.

Le principe affirmé par l’article 64 d’une responsabilité 
même limitée, de l’entreprise publique autonome en cas de 
non-fonctionnement ou de fonctionnement défectueux de l’in-
frastucture, ou de manquements lors de la fourniture de ser-
ces réservées par Belgacom conduit à une amélioration de la 
situation des clients de l’opérateur public (71). En effet, dans 
lle cadre de l’ancienne réglementation, la règle de l’irrespon-
sabilité atténuait voire anéantisait la portée de la règle de la 
continuité (72).

c) La loi d’égalité

22. — Le principe d’égalité « exige dès que l’usager se 
trouve dans les conditions fixées d’une manière impersonnelle

organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats prévoyant notamment 
une concertation avant toute décision relative à l’organisation du travail.
Les entreprises publiques autonomes, op. cit., p. 197.
(66) À ce propos, X. Dieux, « Les entreprises publiques et le droit commercial », in
(67) À ce propos, les remarques critiques souvent formulées à propos de l’ancienne 
conception réglementaire des relations usager-service public. Il est certain que les usage-
rismaux du service public qu’est le R.T.T. et en cette matière, ils peuvent égale-
services. Actuellement, l’usager n’a aucun droit au maintien des règles, tarifs et condi-
tives, à leur maintien (B. De Cronckborne, Yves Poulet, op. cit., p. 66).
(68) M. Hermitte, op. cit., p. 233.
(69) L’article 39 de l’A.B. du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de distribution 
d’émissions de radiodiffusion aux habitations de tiers prévoit la possibilité pour l’État de 
courant d’exploiter par un tiers aux frais et sous la responsabilité du distribu-
teur.
(70) Cf également dans le même sens, les limites mises à la privatisation de l’entre-
prise elle-même, limites évoquées supra, n° 10.
(71) Même si on peut regretter le caractère trop sévère encore des limites mises par
la loi.
(72) L’article 24 de la loi de 1930 stipulait que « La Régie n’est soumise à aucune res-
sponsabilité en raison des services de la correspondance par télégraphie et téléphone avec
et sans relais ».
ét générale par la loi ou le règlement de service, d’une part, qu’il puisse bénéficier des avantages ou des prestations de celui-ci, d’autre part, qu’il en supporte les charges sans la moindre discrimination (73).

Ce principe trouve de nombreuses applications en matière de services publics de télécommunications (74), qu’ils soient gérés par des entreprises privées ou publiques. Ainsi, l’article 11 de l’Arrêté Royal du 24 décembre 1966 relatif aux réseaux de télédistribution oblige les opérateurs de ces réseaux à donner suite, dans les plus brefs délais, à toutes les demandes de recours des habitants desservis par le réseau de télédistribution.

En ce qui concerne les services offerts par l’infrastructure publique des télécommunications, le principe d’égalité trouve à s’appliquer à l’accès aux services classiques comme le téléphone, et au-delà, souligne l’article 107 de la loi du 21 mars 1991, à l’accès à tous les services réservés, c’est-à-dire à tous les services tombant sous le monopole de Belgacom ou d’une filiale (75).

Les principes européens de la fourniture d’une réseau ouvert l’Open Network Provision (O.N.P.) (76) précisent cette obliga-


(74) C.f à cet égard, nos réflexions en B. de Crombrugghe et Y. Pouillet, op. cit., n° 63 et F. de launier et J. Hamale, op. cit.

(75) À noter que ce principe d’égalité s’applique y compris à Belgacom et à ses filiales lorsque ces derniers entendent accéder à un service réservé pour l’offre d’un service non réservé.

(76) Le concept d’O.N.P. est central dans le développement du marché communautaire des services de télécommunications. Inspiré de la notion d’Open Network Architecture (O.N.A.) — mise sur pied par l’État-Unis par la FCC (Federal Communications Commission) — suite au démembrement du monopole de l’opérateur national AT&T au début des années 1980, le concept d’O.N.P. a été conçu pour promouvoir l’offre de service à un prix à permis et financier de l’offre d’infrastructure, répondre à la concurrence, et même, le marché en vue de la construction d’un marché unique.

La mise en œuvre du concept d’O.N.P. a fait l’objet d’une directive adoptée le 28 juin 1990 (J.O., n° L 192, p. 1) par le Conseil. Cette directive entend signer les conditions de l’infrastructure de télécommunications auprès des utilisateurs finaux. Un ensemble de principes communs fixant les conditions matérielles de fourniture, que l’utilisateur de l’infrastructure de réseau y soit défini, est décrit dans les conditions d’utilisation des infrastructures, sans que les principes taraudés et devraient permettre le développement d’un marché de qualité.

tion d’accès égal en même temps qu’ils permettent de l’appli-

quer de façon extensive. En effet, et nous reviendrons sur ce point (infra n° 27), le service public des télécommunications, hier réduit à l’accès au service de transport par la voix, peut être élargi non seulement que les progrès de la technologie permettent de concevoir d’autres services, comme étant d’utilité publique et ce indépendamment de l’opérateur chargé de la fourniture de ces services.

C’est ainsi que l’accès se conçoit également d’un accès à l’in-

frastructure elle-même, à savoir la possibilité pour des opéra-

teurs privés de se connecter à l’infrastructure de Belgacom pour offrir en concurrence avec cette dernière des services non réservés (77). C’est également une base d’opérer un service public que l’article 89 de la loi évoque la possibilité d’un traitement des services pour l’offre de service public de formation des données par des entreprises privées (78).

23. — Ainsi, il n’existe pas, comme le relève pertinem-

tent D. Déuni (79), de « droit au service public », il existe un droit d’accéder au service public. Mais même cette seconde formulation mérite quelques commentaires supplémentaires. Le principe d’égalité conduit-il à obliger l’entreprise gérant un service public à appliquer uniformément des conditions préalablement fixées ? Pour prendre un exemple, peut-on que Belgacom offre sur l’ensemble du territoire belge des lignes louées à grande capacité ou un réseau numérique à intégration de services ? Une telle interprétation freinerait tout dynamisme commercial de la part de l’opérateur public. La considération récente du principe de « non-discrimination » comme traduc-

pion des services dans lequel des prestataires de services pourront utiliser les réseaux d’un Etat membres diffèrent dans le respect de principes d’accès égaux en commun.

(77) C’est l’objet de l’article 107 de la loi : « Belgacom assure l’accès égal aux services réservés à tous les usagers qui se trouvent dans des situations équivalentes. »

(78) Article 89, § 2 : « Les conditions contenues dans ce cadre des charges doivent être objectivement, transparentes et sans effets discriminatoires. Elles ne peuvent viser que le res-

pect de exigences essentielles telles que définies à l’article 107, § 3 alinéa 3 ;

(79) D. Déuni, op. cit., p. 420.
tion plus adéquate du principe d'égalité permet de répondre à la question. Il s'agit de la nécessité de fondre les disparités de traitement (inévitables dans le développement des activités de l'entreprise publique) sur des critères justifiés, légitimes, adéquats et proportionnés au but de la mesure envisagée » (80).

D'aucuns relèveront la difficulté d'évaluer si le comportement d'une entreprise peut être jugé discriminatoire. Dirait-on que Belgacom en privilégiant l'expérimentation d'un réseau mobilphonique numérique sur l'axe Anvers-Bruxelles méconnait le principe d'égalité ? L'article 107, § 3 apporte un premier élément de réponse : « Le contrat de gestion précise les obligations qui incombent à Belgacom en exécution des §§ 1er et 2er. Ainsi, le contrat de gestion pourra moduler dans le temps et dans la capacité le déploiement d'une infrastructure nouvelle, sans méconnaître le principe d'égalité ».

Au-delà, saisi par un citoyen qui s'estime victime des choix de l'opérateur, le juge soupèsera les intérêts poursuivis par l'opérateur public lors d'un tel choix. Il aura égard, s'agissant d'un service public, au fait que la rationalité poursuivie ne soit pas appréciée au regard du seul intérêt de la firme mais que ce choix procède de la « bonne administration » d'un service public.

Quelques réflexions sur l'application de ce principe en matière d'entreprises chargées de gérer un service public s'imposent.

(80) Pour une application de ce principe de non-discrimination, l'article I R.G. Dans le cas d'une faillite bancaire, l'Institut de réévaluation et de garantie avait privilégié le remboursement des dépôts en francs belges ce qui ne fait pas jouer contraire à l'égalité (Cass. cc. usagers devraient bénéficier d'une égalité de traitement, c'est-à-dire que des citoyens ne se différencient de traitement ne pourront être retenus que si les situations à réglementer sont réelles différentes et que la différence de réglementation est pertinente et en rapport de non discrimination, lire les réflexions en droit français de N. Nitsch, « Les principes généraux du droit à l'égalité du droit public de l'économie » R.D.P., 1981.

24. — L'économiste Baudouin Meunier (81) écrivait : « Même si les tâches du manager du secteur non-marchand (82) sont très proches de celles de son homologue des organisations commerciales : marketing, gestion financière, du personnel, etc., le concept de performance qui y est développé acquiert une dimension spécifique. En effet, le non-marchand, par sa finalité extravertie, doit pouvoir être évalué par rapport aux missions d'intérêt général qui lui sont reconnues ». Il ajoute que cette évaluation n'est pas simple eu égard au flou des objectifs et à la difficulté de les hiérarchiser.

La reconnaissance d'une autonomie de l'entreprise publique par rapport au décideur public a le mérite d'obliger à une certaine transparence des choix opérés. Qu'il s'agisse du contenu du contrat de concession conclu avec l'opérateur privé ou du contrat de gestion conclu avec l'entreprise publique autonome, le contenu de celui-ci (83) révèle les critères de décision et les options prises. Ainsi, à propos du service téléphonique de transport de la voix, on peut soit privilégier le critère d'égalité d'accès à un service soit social, soit défendre le principe de la participation des usagers du financement d'un service, soit affirmer un tarif basé sur les coûts réels d'un service : les conclusions en matière de fixation du tarif local téléphonique ne seront pas les mêmes suivant que l'on fait prévaloir l'un ou l'autre des critères (84).

C'est par rapport à ce choix que, le cas échéant, selon le principe de « bonne administration » (85), entendue au sens

(82) L’auteur y range très clairement Belgacom à la lumière de l’importance que prennent ces tâches de service public (op. cit., p. 37).
(84) Cf à ce propos la proposition de Belgacom de réduire les tarifs locaux et de diminuer les tarifs internationaux tant pour mieux résister à la concurrence internationale que pour satisfaire au principe européen des tarifs orientés vers les coûts.
large ou selon le principe du "raisonnable" (86), le juge pourra, contrôler, de manière marginale certes, d'une part la légitimité des choix opérés par le contrat de gestion ou la concession et d'autre part la conformité des décisions de l'entreprise à ce contrat ou à cette concession (87).

§ 4. — Service public v. Service universel :
les leçons d'une comparaison

a) L'intérêt de la comparaison

25. — La notion de service universel « Universal Service » (88) s'est développée aux États-Unis, en particulier mais pas uniquement en matière de télécommunications : elle peut être confrontée utilement à celle de service public et ce pour diverses raisons :

— cette notion est née dans un pays de tradition libérale, qui méconnaissait la notion d'entreprise publique mais entend soutenir par d'autres voies, l'entreprise privée à des contraintes d'utilité publique. En d'autres termes, et ceci est important, la notion de service universel est d'embâcle centrée sur le contenu du service considéré comme d'intérêt général alors que celle de service public se confond au point de départ avec l'organisation de caractère public chargée de l'assurer :

— cette notion a pu rendre compte, en premier lieu, de la nécessité de reconnaître un monopole privé en matière de
télécommunications comme, en second lieu, de la nécessité de confier à la concurrence le service universel en la matière ;

— cette notion est de plus en plus reconnue par la réglementation européenne (89) :

— enfin, elle met l'accent sur le fait que son contenu a un caractère évoluif et conduit à la nécessité de mettre sur pied des autorités publiques capables de susciter un débat public et d'en adapter le contenu de façon continue.

b) La notion et ses caractéristiques

26. — Le Communications Act de 1934 (90) utilise pour la première fois la notion et en fait l'objectif principal de la réglementation des télécommunications américaine : il s'agit, comme l'exprime l'article 1 de la loi, « to make available, so far as possible, to all people of the United States a rapid, efficient, notion-wide and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges ». Le terme « service universel » rend compte d'une politique d'accès pour tous à des services minima considérés comme d'intérêt général et ce à des prix raisonnables ... il rend compte également de l'évolution de cette politique. En 1934, la solution du monopole confié à l'AT & T, société privée a été considérée comme la réponse adéquate à l'époque : vu la technologie utilisée pour l'offre du seul service universel envisagé à l'époque à savoir celui du transport de la voix, confier le monopole qualifié de « naturel » à une seule entreprise était considéré comme la solution la plus efficiente pour opérer les « gross subsidies » nécessaires à l'accès universel au service. L'évolution technologique et la multiplication possible des services à offrir ont progressivement remis en cause ce dogme et...


(87) L'existence de recours possibles d'un tiers soit en cas d'ilégalité du contrat de gestion ou de rupture d'équité créé par le contrat de gestion, soit en cas de non-respect par Belacom des dispositions du contrat de gestion et ce nonobstant la nature contractuelle de celui-ci, est étudiée in D. Deroo, Les contraintes de droit public ..., op. cit., pp. 122 et 123 et Y. Poullet, B. Queck, B. Verhaegen, « La réglementation des télécommunications », Dictionnaire du J.T., à paraître.


ont conduit, par décisions successives, le gouvernement américain à reconnaître une démonopolisation progressive des services universels de télécommunications (91).

Progressivement, en effet, a été reconnu à la fois le fait que la concurrence permettrait d'améliorer la qualité et la diffusion du service public de transport de la voix, mais également le principe que d'autres services universels devaient être reconnus. Ainsi, en particulier le service d'accès à l'infrastructure pour l'offre de services à valeur ajoutée a mené l'autorité américaine à développer les principes d'» Open Network Architecture », qui ont inspiré le concept européen plus tardif d' » Open Network Provision » (92).

27. — Un rapport au Congrès américain (93) témoigne de l'explosion actuelle du contenu de la notion de service universel des telecommunications. Selon ce rapport, il s'agit en effet de reconnaître sous ce vocable tant l'accès pour des personnes âgées à des services télématicques médicaux d'urgence (télédiagnostic) ou de sécurité (télalarme) que l'accès à des services de téléopies dans des lieux publics, la possibilité pour des centres d'enseignements de bénéficier de prix réduits pour la mise sur pied et l'utilisation de services de courrier électronique, etc. Cette liste prend en compte le fait que l'évolution technologique crée des services nouveaux dont l'existence ou l'utilisation par des catégories de personnes correspondent à des besoins jugés d'intérêt général (94).

La satisfaction de ces besoins divers passe par des moyens réglementaires de nature variée et à destination d'acteurs bien différents. Il s'agira tantôt de subsidier des services sociaux tantôt de normaliser des interfaces, tantôt d'exiger de certains opérateurs l'offre de services au public (95) et ce à des tarifs raisonnables.

Cette diversité des actions possibles pour rendre effective une politique du service universel, envisagé non comme un service unique mais bien comme des services au plural, est dans leur conception et leur mise sur pied le fait de la Federal Communication Commission (F.C.C.) (96) qui apparait comme une sorte d'autorité administrative indépendante, chargée de « réguler » le jeu du marché essentiellement aux mains du privé. Le fonctionnement de cette commission laisse une large place au débat public (97). Quelques acteurs est appelé à s'exprimer, avant que cette commission soit tranchée, soit instruire une réforme législative.

c) Opérateurs privés et service universel

28. — L'action souvent énergique de la F.C.C. illustre en même temps la difficulté de contraindre par une politique de service public, l'action des entreprises privées. Récemment, J. HILLS (98) notait : « L'expérience des États-Unis et du Royaume-Uni prouve qu'un système privatisé fait baisser les investissements dans le réseau de base. Aux États-Unis, les Regional Bell Operating Companies (R.B.O.Cs) ont utilisé les recettes qu'elles tiraient du monopole qu'elles exerçaient sur le réseau téléphonique local pour se diversifier dans d'autres secteurs et dans d'autres pays. Par ailleurs, lorsqu'on investit, c'est dans des arrière à forte densité de trafic qui relèvent de grands centres économiques...Aux États-Unis, il a fallu don-


(94) Le rapport de M. NADDE distingue trois types de service universel : l'accès au réseau, l'accès à des contenus informationnels et l'accès aux capacités de production.
ner des incitations financières aux sociétés privées pour qu'elles investissent dans des zones rurales ...

La critique d'Eli Noam (99) est plus sévère encore. Ce dernier écrivait qu'une privatisation des réseaux et des services n'aboutirait à une limitation du droit de chacun à communiquer et à s'exprimer. Il conclut en affirmant : « The exercise of freedom of association may lead to group formation that are restrictive of speech. Hence, the evolving pluralist structure of telecommunications may bear the seeds for a new type of bottleneck to the free flow of information that did not exist on the traditional public network and its common carriage. It is a challenge to communications policy to keep the network system open from end to end, and to provide integrative tools for its diversity which do not result in fragmentation. »

Ces dernières considérations doivent-elles nous conduire à inverser la proposition et soutenir que l'obtention des objectifs de service public ne peuvent être le fait que d'entreprises publiques ? Il ne peut être question de répondre positivement ou négativement à la question mais, en conclusion, de nuancer les avantages et les limites de l'action de l'entreprise publique.

CONCLUSIONS

29. — La réflexion menée jusqu'à ce point remet en cause de façon fondamentale deux slogans (a), elle conduit à mettre en évidence la notion de service public conçue comme service universel (b) et à évoquer comme un des moyens d'atteindre la réalisation du service public, l'entreprise publique (c). Elle entend souligner les avantages que ce moyen de réalisation présente (d) même si elle en définit en même temps les conditions d'un tel choix.

a) Deux slogans nous paraissent devoir être évités :

30. — Le premier consiste à refuser toute privatisation comme incompatible avec la réalisation du service public : le second confère à l'entreprise publique le monopole du service public. Réfutons chacun de ces slogans.

. La privatisation — au sens strict du terme — de l'organisme gérant un service public n'est pas incompatible avec la réalisation de celui-ci. De tout temps, l'Etat a associé, par voie de concessions, ou d'agréations, des entreprises aux capitaux purement privés à l'obtention de fins déterminées d'intérêt général.

. Par voie de conséquence, l'entreprise publique n'a pas le monopole du service public. La supériorité tant affirmée de la privatisation dans des secteurs autrefois propriété d'Etat tient aux lacunes de l'ancien système dont le mode de gestion bureaucratique, sans dynamisme et mal armé face à la concurrence internationale ne permettrait pas une réalisation efficace des services d'intérêt généraux.

Ainsi, a priori, le « service public » ne doit pas nécessairement être le fait d'un organisme placé sous le contrôle direct des autorités publiques et à capital public, en d'autres termes d'un service public organique.

b) La réflexion met en évidence la notion de service public comme service universel

31. — Débarrassé de la confusion service public organique — service public fonctionnel, notre raisonnement entend privilégier cette dernière notion en tant que telle et l'envisager comme un service universel. Il s'agit en effet, indépendamment de la qualité et du statut de celui qui l'opère, de définir pour un secteur déterminé jugé d'intérêt général (ainsi le transport, l'électricité, les télécommunications, etc.) les « fonctions collectives » que l'on désire assurer au sein de ce secteur et qui modifient le résultat que spontanément le libre jeu du marché atteindrait.

Ainsi pour ne reprendre que l'exemple des télécommunications, l'investissement dans l'augmentation de la qualité de l'infrastructure, le développement des régions rurales, la non-fragmentation des réseaux, la confidentialité des communications, la non-multiplication des standards d'interconnexion constituent autant de domaines où l'intervention de l'État...
peut s'avérer nécessaire pour qu'existe le service universel de communication.

La notion de service universel s'écrit au pluriel. Cette invitation à mieux considérer les multiples composants service universel des télécommunications permet d'envisager des actions à de multiples niveaux et utilisant des moyens de réalisation variés : création d'entreprises publiques auxquelles un monopole est conféré, normalisation, subsidisation d'activités, etc.

En outre, cette notion est évolutive. Si l'accès à des cabines publiques de téléphone était hier envisagé, l'accès à des appareils de télécopie ou à des bornes de radiocommunications peut devenir demain un droit pour chacun.

c) Les diverses formes d'entreprises publiques représentent divers moyens possibles mais non-exclusifs pour la réalisation du service public

32. — La variété des formules regroupées sous la notion d'entreprise publique depuis la Régie jusqu'à l'entreprise publique autonome et demain la société mixte de droit public permet à cette notion de répondre de manière adéquate et non rigide aux besoins de la collectivité. La variété peut concerner la composition du capital (sociétés totalement publiques, sociétés mixtes à majorité publique), le statut juridique (administration publique, établissement public, entreprise publique à caractère industriel et commercial, groupement d'intérêt économique), mais également l'envergure de l'entreprise.

Le choix de la formule dépendra de l'environnement, que présente le marché libre, des exigences et des caractéristiques du service public. Ainsi, peut-on considérer que la privatisation partielle d'institutions publiques de crédit peut s'expliquer sinon se justifier par le fait que la défense du petit épargnant est, en Belgique, assurée mieux qu'hier par le jeu normal de la concurrence, que la filialisation du service public de la mobilophonie s'explique par la spécificité du métier et la nécessité d'acquérir un know-how indispensable.

La notion d'entreprise publique est une notion à « géométrie variable », ou plutôt à « autonomie plus ou moins large », sui-

vant les spécificités culturelles, économiques et politiques d'un pays et en tenant compte de la nature et de la « présence » du service public à assurer. Cette réflexion peut aboutir à abandonner au secteur privé le soin d'assurer le service public, lorsque l'Etat de par le rapport des forces qu'il entretient avec les « concessionnaires », de par l'intérêt qu'il trouve à ne pas investir dans un secteur déterminé ou de par l'efficacité du mode de gestion purement privé à assurer le service en question pourra garantir la réalisation de la fin d'intérêt général.

Suivant la formule choisie, les règles de continuité, d'égalité et du changement s'exprimeraient et s'appliqueront différemment. Le mode de formulation contractuelle qui caractérise le système mis en place par la loi du 21 mars 1991 présente à cet égard des avantages. Elle de contrat de gestion oblige à définir clairement le contenu du service public et représente un instrument de contrôle facile de l'action de l'entreprise publique par rapport aux missions de service public réellement définies.

En conclusion, il est nécessaire qu'ayant éclairci les besoins collectifs à satisfaire dans un secteur déterminé, les gouvernants soient soigneusement le mode le plus approprié pour en garantir la réalisation. Sans doute, serait-il en outre utile qu'ils motivent le choix de la formule en égard notamment à la manière dont ils intendent mettre en œuvre les lois du service public et que ce choix soit réévalué de temps en temps.

d) Les arguments en faveur de l'exploitation du service public par une entreprise publique

33. — Loi de cet examen, les gouvernants peuvent opérer le choix d'une des multiples formes d'entreprise publique : — cette diversité de formes est elle même une richesse et constitue un premier argument en faveur de l'exploitation du service public par une entreprise publique.

Le Centre européen des entreprises publiques relève d'autres avantages justifiant le recours par l'Etat à l'entreprise publique (100) pour assurer le service public. Sans doute, mieux que l'entreprise privée, elle pourra répondre aux imperatifs des

(100) Rapport cité, 10 et 8.
besoins du consommateur dans la mesure où elle pourra pré-
voir dans sa structure, des lieux organisés d'expression des
besoins de ces derniers. Deuxièmement, les dirigeants tien-
ront compte d'une rentabilité à long terme, et ainsi faire face
da des investissements lourds, prendront en considération les
nécessités de la recherche développement indispensable dans
certains secteurs. Troisièmement, certaines missions particu-
lières pourront lui être imposées pour tenir compte de situa-
tions économiques sociales difficiles. Bref, la structure même de
l'entreprise publique, son objet social même c'est-à-dire le ser-
vice public lui permettront de mieux éclairer et réaliser les
implications de celui-ci alors que la finalité "introvertie" de
l'entreprise privée lui fera ressentir le service public qui lui est
concédu comme quelque chose d'étranger à sa mission prin-
cipale.

De tels arguments peuvent être purement théoriques. L'en-
treprise publique, gestionnaire du service public, aura à cœur
d'en démontrer le bien fondé lors de la réalisation concrète de
son objet social, aussi de donner vie au service de médiation
avec les usagers, de veiller effectivement à l'investissement
nécessaires à long terme au développement du secteur et de
mettre sur pied les services que la loi de mars 1991 qualifie de
"prestations sociales et humanitaires ".

C'est à cette œuvre que doit être jugé l'intérêt de maintenir
l'exploitation par une entreprise publique du service public.

v) Le choix en faveur de l'entreprise publique suppose cepen-
dant certaines conditions

34. — Il importe de bien séparer les fonctions de réglementa-
tion des fonctions d'exploitation. Ce principe affirme par la
Communauté européenne en matière de télécommunications
(101) nous paraît devoir être étendu à d'autres secteurs
dis d'intérêt général. Il ne peut être question que l'entreprise
publique qui exploite le service public puisse en définir elle-

(101) Cf. déjà la proposition 6 du Livre Vert "Télécommunications" de 1983, proposi-
tion concrétisée par l'article 6 de la directive 88/302 Terminaux et l'article 7 de la direc-
tive Services. Ce principe est repris par la loi belge avec la création de l'IBPT et l'attribu-
tion à cette dernière des fonctions réglementaires d'autrefois détenues par la R.T.T. Sur

YVES POULET

mêmes les contours et substituer ainsi sa logique d'entreprise à
celle de l'intérêt général.

Cette séparation des fonctions de réglementation et d'explo-
tation nous apparait une condition indispensable pour que
puissent être définies clairement et de façon évolutive les mis-
sions de service public confiées à l'entreprise. Même si cette
definition est le fruit d'une concertation avec les opérateurs du
service public, il est indispensable que l'organisme de règle-
mentation soit doté d'une reelle indépendance et d'une véri-
table autorité (102).

BIBLIOGRAPHIE

La présente bibliographie représente l'ensemble des ouvrages et articles
consultés dans le cadre de la rédaction du présent rapport. Le lecteur trouvera
une bibliographie abondante sur le thème in :

1. DEUM. Le statut juridique des entreprises publiques. Story Scientia,
   Bruxelles, 1980, pp. 503 et s.
2. VELU. Droit public. L'Etat. Le statut des gouvernants (1), Bruylant, Bruxelles,
   1986, pp. 103 à 107.
3. (en droit américain)
   H. STEFAN. « Entreprise publique ou privatisation aux Etats-Unis », RISA,
   2, 1990, p. 31.
4. (en droit anglais)
   A. DUNBAR. « Le débat secteur public — secteur privé : l'expérience au
5. (en droit français)
   J. CHEVALLIER. Le service public. PUF, « Que sais-je ? », n° 2359.

(102) Comp. « Créer un organisme de réglementation qui soit indépendant de l'explo-
tation et pour ainsi dire indépendant de l'Etat. Cet organisme devrait être chargé d'appli-
quier la politique de l'Etat. à assurer que l'exploitant répond de ses résultats dans les
domaines économique et social, de veiller à ce que les divergences entre concurrents et entre consom-
mateurs et exploitants soient évitées. » (102)
Bibliographie sélective

A. — Ouvrages


Aspects juridiques de l'intervention des pouvoirs publics dans le vie economique, Bruxelles, Bruylant, 1976.


B. — Articles, Parties d'ouvrages, notes d'observations

CEEP. *Actualisation de la notion de service public*, Rapport, juin 92.
